



O controle do (de)mérito da atuação da administração pública pelo Poder Judiciário

Autor: Marcelo Roberto de Oliveira

Juiz Federal Substituto, Especialista
em Direito Público pela UnB

publicado em 28.08.2015

 [\[enviar este artigo\]](#)

 [\[imprimir\]](#)

Resumo

O presente trabalho tem por escopo a análise crítica do controle externo da atuação da administração pública por parte do Poder Judiciário. Inicialmente, buscam-se as raízes históricas da limitação da atuação do Judiciário nesse campo. Após, traz-se o desenvolvimento do tema na história constitucional brasileira, além das inovações e dos institutos de controle previstos na Constituição de 1988. Na sequência, defende-se a necessidade de uma releitura do ato administrativo, com sua aproximação dos princípios constitucionais. Partindo dessa necessária releitura, é feito estudo sobre a atuação do Poder Judiciário no controle da atuação administrativa, tendo em vista a nova realidade por que passa a ciência jurídica, em que os princípios ganham centralidade no sistema, e tornam possível o controle, em todas as situações, de eventual demérito na atuação do gestor da coisa pública.

Palavras-chave: Controle. Administração pública. Poder Judiciário. Limites. Ato administrativo. (De)mérito.

Sumário: Introdução. 1 Contextualização histórica da contenda. 2 A realidade brasileira. 3 Atos administrativos plenamente vinculados e de discricionariedade vinculada. 4. Atuação da administração pública e controle. Conclusão. Referências.

Introdução

Questão tormentosa e de difícil solução aos operadores do âmbito jurídico é a referente ao controle da atuação da administração pública na esfera judicial, suas (im)possibilidades, seus limites e seu âmbito de atuação.

No presente trabalho, busca-se esclarecer algumas questões atinentes ao debate sobre o tema, no intuito de balizar a atuação do Poder Judiciário enquanto garante da ordem jurídica posta, e tornar o sistema dos *checks and balances*,⁽¹⁾ mais do que simples previsão teórica, ferramenta aplicável na solução das contendas a que é submetido o juiz no dia a dia da sua atuação jurisdicional.

1 Contextualização histórica da contenda

A ciência jurídica, muito embora as mudanças legislativas profundas e

corriqueiras que acontecem no Brasil, evolui de forma lenta, paulatina, sendo que os institutos que regem o atuar do operador jurídico, via de regra, foram constituídos desde há um espaço temporal significativo, tendo sofrido mutações/evoluções, até sua conformação presente e sua aplicação no meio para o qual foram desenvolvidos.

Não poderia ser, nem é diferente, no tocante à forma de controle da atuação administrativa pelo Poder Judiciário, a qual sofreu e sofre sucessivas mutações, no âmbito legislativo e na interpretação dos seus mecanismos de aplicabilidade, por parte dos operadores jurídicos envolvidos em tarefa de tamanha monta.

No tópico, cumpre referir a grande influência exercida pela Revolução Francesa em toda a formação jurídica de natureza romano-germânica, Brasil incluso, no tocante ao conceito de separação dos poderes e à forma de controle de cada um deles, seja tal controle de natureza interna, seja de externa.

Com a derrubada do *ancien régime*, ficou patente sentimento de desconfiança com a magistratura, tendo em conta a visão revolucionária segundo a qual ela seria visceralmente vinculada à monarquia, logo destituída de legitimidade ao cumprimento de suas funções na nova ordem instaurada com a conflagração revolucionária.

Tal estado de ânimo é bem explicado pela doutrina europeia, que se pôs a analisar dito momento histórico(2):

"La última fase del Antiguo Régimen contempla la curiosa experiencia de un intento de mediatización judicial de los poderes regios. Los Parlamentos judiciales, como saben ustedes, último reducto del estamento nobiliario (el próprio Montesquieu fue Consejero y Presidente más tarde del Parlamento de Burdeos, y, además, en su gran libro sobre l'esprit des lois formula una directa y nada velada apología del sistema), se oponen a las grandes reformas de estructura que el monarca absoluto emprende en la última fase de su monarquía, sobre todo cuando estas reformas están orientadas en el sentido de una reforma de estructura social, por obra de los grandes ministros fisiócratas Turgot, Calonge, Necker. Justamente la negativa de los Parlamentos al 'enregistrement' de las ordenanzas regias, las llamadas 'remontrances', que es una especie de veto devolutivo al rey que actúan respecto a las ordenanzas que reciben, origina la gran crisis constitucional del Antiguo Régimen, de la que va a salir directamente la convocatoria de los Estados generales. Los revolucionarios son conscientes de esta gran experiencia, y una vez que el poder político es suyo no aceptan llanamente la posibilidad de que los jueces, que para ellos se identificaban todavía con las clases conservadoras, pudiesen mediatizar sus propias decisiones."

Daí a uma separação estanque entre os poderes do Estado, com a ausência de submissão da atuação do corpo administrativo ao controle judicial, foi um passo(3):

"És así como se formula la ley de separación entre la Administración y la Justicia, la famosa Ley de 16-24 de agosto de 1790, donde se proclama la separación radical entre la Administración y la Justicia, entendida en el sentido de que los tribunales no podrían (literalmente, porque és muy expresiva la frase) molestar de la manera que fuese a las operaciones de los cuerpos administrativos ('troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs') ni citar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones."

A propalada Lei de 16-24 de agosto de 1790 tinha precisamente o seguinte teor: "As funções jurisdicionais estão e permanecerão separadas das funções administrativas. Os juízes não poderão, de forma alguma, sob pena de prevaricação, interferir [troubler: molestar] no desempenho dos órgãos administrativos, em razão de suas funções".(4)

Dessa forma, resta claro que, na França pós-revolucionária, não havia a submissão da atuação estatal ao controle do Poder Judiciário, o que levou ao desenvolvimento de um sistema de controle interno da atuação da administração pública, pelo próprio Poder Executivo, denominado contencioso administrativo.(5)

Muito embora dito sistema não tenha sido adotado no Brasil, a influência do ideário revolucionário, reforçado por Napoleão, no tópico em que veda a atuação do Poder Judiciário no controle da atuação administrativa, se fez e ainda se faz sentir de forma bastante intensa em nosso meio jurídico, haja vista a influência do direito francês nos países de tradição jurídica romano-germânica, no que nossa ordem jurídica está inclusa.

2 A realidade brasileira

Como o Brasil não adotou o sistema do contencioso administrativo, a atuação da administração pública, em tese, sempre esteve submetida ao crivo do Poder Judiciário, por nossa história constitucional (Constituição de 1824, art. 179, XII; Constituição de 1891, art. 72, § 9º; Constituição de 1934, art. 113, 10; Constituição de 1937, art. 122, 7º; Constituição de 1946, art. 141, § 4º; Constituição de 1967/1969, art. 153, § 4º; Constituição de 1988, art. 5º, XXXV).

Todavia, dito controle nunca foi absoluto, sempre sendo submetido a uma série de limitações, sendo que, na atual ordem constitucional, a mais relevante delas é a interpretação dada ao artigo 2º da Carta Magna, a saber: "São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário".

A doutrina majoritária, ao interpretar dita previsão, em cotejo com o princípio da reserva da jurisdição, entende que

"Controle judiciário ou judicial é o exercido privativamente pelos órgãos do Poder Judiciário sobre os atos administrativos do Executivo, do Legislativo e do próprio Judiciário quando realiza atividade administrativa. **É um controle a posteriori, unicamente de legalidade, por restrito à verificação da conformidade do ato com a norma legal que o rege.**"(6)

Tal interpretação incorre em dois equívocos graves: o primeiro ao referir que o controle poderia ocorrer somente após a prática do ato, e o segundo, limitando-o a um critério de simples observação do respeito ao princípio da legalidade, o que, ante a ordem constitucional posta, não se sustenta.

O primeiro dos equívocos desborda do objetivo do presente trabalho,(7) sendo o segundo deles o escopo fundamental a ser desenvolvido na presente digressão.

3 Atos administrativos plenamente vinculados e de discricionariedade vinculada

O ato administrativo é meio pelo qual a administração age para o cumprimento do seu mister, pois, por meio da edição de atos, ocorre a intervenção do poder público no mundo dos fatos,(8) com a criação, a modificação e a eventual extinção de direitos e obrigações, e sua consequente intervenção na esfera jurídica de outras pessoas, naturais ou jurídicas.

Tradicionalmente, os atos administrativos são classificados, quanto ao seu regramento, em vinculados ou discricionários, sendo que, no primeiro caso, haveria uma previsão completa sobre a forma como deve ocorrer a atuação do administrador público, sem margem para nenhuma escolha discricionária de sua parte no tocante a qualquer dos elementos inerentes ao seu agir.

Ao revés, no ato discricionário, dar-se-ia uma maior liberdade de ação do agente, tendo em conta a ausência de previsão normativa de todos os aspectos de sua atuação, sendo possível juízo de **oportunidade e conveniência** sobre a melhor forma de cumprimento da atuação a que obrigado o agente público.

Ocorre que, se tal classificação não é absolutamente imprestável, o que não seria adequado defender, ela necessita passar por urgente revisão/atualização.

O primeiro problema que se verifica é que dita classificação não tem ligação presente com a realidade, pois em grande parte dos casos a atuação administrativa não é nem só vinculada, tampouco unicamente discricionária, mas sim traz em seu bojo aspectos de vinculatividade e discricção, em verdadeira tensão entre dois pólos, variando de uma extremidade a outra, sem nunca tocá-las, de acordo com a maior ou menor liberdade de atuação do agente público.

Outra questão, fundamental ao adequado manejo do instrumento sob análise, é a alteração por que passa a ciência jurídica como um todo, onde a interpretação, muito mais que simples leitura de um signo normativo, deve ser feita em cotejo com a totalidade do sistema jurídico, e sua principiologia inerente.

Nessa senda, por verdadeiramente revolucionária e paradigmática de uma nova forma de pensar o direito administrativo, deve ser adotada a classificação dos atos administrativos desenvolvida pelo professor Juarez Freitas, dividindo-os em atos administrativos plenamente vinculados e atos administrativos de discricionariedade vinculada.⁽⁹⁾

Os atos vinculados, muito mais que observância ao princípio da legalidade, devem estar em consonância com a totalidade do sistema jurídico e com os princípios que o informam e lhe dão sentido:

"Em matéria de atos vinculados, deles se pode dizer que, havendo manifestos riscos de violações irreparáveis – ou de difícil reparação – dos princípios, impõe-se deixar de praticá-los, por não se aderir à visão mecânica, exegética e automatista do princípio da legalidade, ou, noutro viés, por compreender tal princípio na relativização patrocinada pela interatividade com os outros vetores consagrados pelo ordenamento. Acresce, por isso, que o controle dos atos administrativos haverá de se alargar, abrangendo, com maior rigor, a íntegra dos motivos dados (fundamentos de fato e de direito)."⁽¹⁰⁾

Assim, muito mais que simples observância da legalidade formal, devem os atos administrativos vinculados estar de acordo com os princípios norteadores da atuação do agente público, sendo pertinente, aqui, a citação do art. 2º da Lei nº 9.784/99, *in verbis*: "A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, da finalidade, da motivação, da razoabilidade, da proporcionalidade, da moralidade, da ampla defesa, do contraditório, da segurança jurídica, do interesse público e da eficiência".

No que diz respeito aos atos discricionários, o entendimento do abalizado doutrinador é o de que "a discricionariedade resulta invariavelmente vinculada aos princípios constitutivos do sistema e aos direitos fundamentais".⁽¹¹⁾

Tal assertiva traz embutida valiosas compreensões, a saber: a) o direito atual é um direito baseado em princípios, em que, muito mais que buscar o fundamento de validade da sua atuação em instrumentos legais ou até infralegais, deve o administrador balizar seu agir nos princípios, notadamente nos de índole constitucional; b) não existe discricionariedade pura, absoluta, dissociada do meio, mas sim possibilidade de alguma liberdade de ação do agente público para atender ao interesse público, daí ser a própria discricionariedade vinculada aos princípios fundamentais.

Não obstante o argumentado, e levando-se em conta o atual estágio de evolução do direito administrativo no Brasil, a forma de atuação dos agentes públicos, bem assim o controle da atuação administrativa realizado pelos tribunais, vislumbra-se a conclusão inafastável de que a realidade, infelizmente, ainda é bastante distinta da proposta trazida a lume pelo professor Juarez em sua obra.

Dita conclusão pode ser embasada no seguinte precedente judicial,(12) entre tantos:

“No controle jurisdicional do processo administrativo, a atuação do Poder Judiciário limita-se ao campo da regularidade do procedimento, bem como à legalidade do ato, não sendo possível qualquer incursão no mérito administrativo a fim de aferir o grau de conveniência e oportunidade. Assim, mostra-se inviável a análise das provas constantes no processo disciplinar.”

Tal diagnóstico, se, por um lado, frustra, por nos fazer ver claramente que algumas práticas ilegais e antirrepublicanas insistem em perdurar no nosso país, por outro, traz embutida em si uma oportunidade, qual seja, de olhar a realidade presente com novos olhos e buscar a efetividade da atuação administrativa por meio de um controle efetivo, sem formalismos inúteis ou perseguições injustas, mas com vistas a uma melhora sistemática da gestão dos recursos públicos, por parte dos responsáveis pela sua aplicação, melhora essa tão clamada pelo povo, único detentor do poder em nossa República Federativa (CRFB/88, art. 1º, parágrafo único).

4 Atuação da administração pública e controle

Como já referido, a atuação da administração pública dá-se por meio da prática de atos administrativos, plenamente vinculados ou de discricionariedade vinculada aos princípios fundamentais.

Se, por um lado, o agente público não pode restar engessado na sua atuação, por indevido receio de perseguição decorrente de seu agir, de outro, deve esse mesmo agente buscar sua proteção contra tal receio, fazendo escolhas devidamente fundamentadas e coerentes com o objetivo que busca com seu atuar.

Aqui cabe fazer um diagnóstico: cumpre que o agente público tenha sempre em mente a finalidade do seu agir e qual a melhor forma de atingi-la. Por vezes, verifica-se uma atuação mecânica da administração, sem questionamento sobre o que se busca com a prática do ato, nem sobre se a forma adotada é a mais adequada à consecução desse objetivo.

Essa necessidade de racionalização da atuação administrativa diz, primeiramente, com uma fundamentação coerente das escolhas adotadas pelo agente, tendo em vista a

“discricionariedade administrativa legítima como a competência administrativa (não mera faculdade) de avaliar e de escolher, no plano concreto, as melhores soluções, mediante justificativas válidas, coerentes e consistentes de conveniência ou oportunidade (com razões juridicamente aceitáveis), respeitados os requisitos formais e substanciais da efetividade do direito fundamental à boa administração pública.”(13)

Adotando tal postura, de verdadeira preocupação com racionalidade, efetividade e adequação das escolhas feitas, o agente público, de um lado, protege-se quando seu agir for submetido a quaisquer das formas de controle previstas no ordenamento jurídico, e, de outro, garante a observância do interesse público, tendo em vista que, de algo bem pensado, fundamentado e juridicamente consistente, fatalmente decorrerá solução conforme com as necessidades que

geraram a prática do ato.

Nesse norte, cumpre ter em mente que toda atuação do agente público se submete a controle, seja ele interno, seja externo.

Controle interno é aquele entendido como “um sistema integrado (...) com a finalidade de avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas e do orçamento; de comprovar a legalidade e avaliar os resultados quanto à eficácia e à eficiência da gestão orçamentária, financeira e patrimonial; de exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União, e de apoiar o controle externo”,⁽¹⁴⁾ ou seja, ocorre *interna corporis* e revela-se, no mais das vezes, a maneira mais prática e menos dispendiosa de conformação da atuação administrativa com seus objetivos fundamentais.

Já o controle externo, alheio à administração, é aquele no qual, fundamentalmente, ocorre a submissão do agir de um agente público ao crivo do Poder Judiciário.

Com a nova ordem constitucional, instituída a partir da promulgação da Carta de Outubro, uma miríade de instrumentos jurídicos foi prevista para a efetivação de tal controle, sendo dignos de nota a ação popular,⁽¹⁵⁾ a ação civil pública,⁽¹⁶⁾ a ação de improbidade administrativa,⁽¹⁷⁾ o mandado de segurança, individual ou coletivo,⁽¹⁸⁾ o mandado de injunção⁽¹⁹⁾ e o *habeas data*,⁽²⁰⁾ todos com suas peculiaridades e respectivas legitimações, mas em *ogni casu* tendo por norte a submissão da atuação da administração pública ao controle externo, por parte do Poder Judiciário.

A nova ordem constitucional, tendo garantido que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXVI), além da previsão dos instrumentos para que tal apreciação seja feita, trouxe o Poder Judiciário para uma posição central no controle da atuação da administração pública, tendo em conta que, nos dias atuais, garantido o acesso à jurisdição e prevista ampla legitimidade para o exercício do direito de ação, multiplicam-se os casos em que é apreciada judicialmente a (in)correção da atuação da administração, direta ou indireta, por meio de seus agentes, no cumprimento do seu mister.

Dita conclusão ganha ainda maior relevância no cotejo com a ordem constitucional anterior, na qual o regime de exceção instaurado não admitia controle judicial de qualquer espécie sobre seu agir, enquanto *longa manus* do Estado de então.⁽²¹⁾

Tendo em conta essa nova realidade, em que o Judiciário está consolidado como agente central de controle, nada mais natural que um aumento significativo do seu acionamento, aliado a uma intensa discussão sobre a (in)existência de limites na apreciação da conformidade da atuação da administração [*lato sensu*] com o ordenamento jurídico.

O ponto nodal, em que grassa a controvérsia, é o seguinte: a atuação da administração pública é inteiramente devassável pelo Poder Judiciário, quando provocado a tanto, ou há um espaço onde a ação do agente público é livre, onde não pode o Judiciário atuar sobre a opção feita por ele?

A resposta não é simples e demanda a análise integrada de posições jurídicas distintas em relação a um mesmo objeto de análise.

É princípio geral de direito aquele segundo o qual a boa-fé se presume, e a má-fé demanda comprovação para seu reconhecimento.

Partindo dessa premissa, há uma presunção geral de boa-fé por parte do agente público, presunção essa que faz com que, *a priori*, todo e qualquer ato praticado o seja em observância ao ordenamento jurídico posto e com a obtenção do

resultado esperado quando de sua realização.

Assim sendo, é legítimo que o agente, para a consecução do objetivo aguardado quando da prática de um ato administrativo, tenha alguma liberdade de ação, dentro da ordem jurídica posta, para a adoção da(s) medida(s) que entender mais adequada(s) ao cumprimento daquilo a que se propõe.

Nesse norte, é cediço que, para se atingir um determinado objetivo, muitas vezes há mais de um caminho possível de se trilhar, o que faz com que, em um primeiro momento, o agente público detenha liberdade de escolha entre as alternativas possíveis, mas, por outro lado, se submeta ao controle, por parte do Poder Judiciário, em face da escolha adotada, tendo em conta que:

"(...) las autoridades administrativas pueden contar y cuentan, con toda normalidad, con poderes discrecionales, pero no para el cumplimiento de cualquier finalidad, sino precisamente de la finalidad considerada por la ley, u en todo caso de la finalidad pública, de la utilidad o interés general."(22)

Assim, a discussão sobre a possibilidade de controle, por parte do Judiciário, da atuação da administração pública, apresentada por seus órgãos, merece resposta positiva, pois, muito embora haja o direito de escolha da melhor forma de atuar, por parte do agente público, tal escolha se submete ao crivo do Poder Judiciário, no intuito de verificar eventual demérito na sua adoção.

De tal conclusão não desborda a melhor doutrina(23):

*"[...] por vários ângulos, **não merece prosperar o anacronismo das escolhas administrativas não fundamentáveis no sistema.** O mérito (referente ao campo dos juízos de conveniência ou de oportunidade) não é diretamente controlável, mas **o demérito ou a antijuridicidade o serão, inescapavelmente. Ou melhor, deveriam ser.***

[...]

Faz-se ineliminável, vez por todas, a sindicabilidade do demérito administrativo. Nessa linha, o conteúdo do ato precisa ser dotado de real liceidade, motivo para a obrigatória explicitação dos fundamentos de fato e de direito. [...] Acresce que, em situações-limite, os atos administrativos podem até ser enquadrados como de improbidade pela inequívoca constatação de serem desonestamente atentatórios aos princípios, ainda que sem enriquecimento ilícito ou dano material ao erário. Tudo a reforçar a ideia de que hão de ser controlados de maneira verticalizada, tanto no âmbito interno de cada poder (não convém subestimar a autotutela) como na esfera do Poder Legislativo, do Tribunal de Contas e, por derradeiro, na seara do Poder Judiciário. ***Mutatis mutandis, o controlador, em sentido lato, assume o autêntico papel de 'administrador negativo', em analogia com a figura do 'legislador negativo'.*** Logo, se é verdade que o controle, salvo situações excepcionálíssimas, não pode adentrar a zona de atribuições do administrador, tem o dever de sinalizar como não devem ser utilizadas as competências administrativas. Afinal – como sustenta, de maneira precisa, Clóvis Beznos –, 'o exercício da função administrativa traduz-se no dever de o administrador público exercer suas competências, para, dando cumprimento às leis, realizar o interesse público'."

Tal possibilidade de controle deve existir, levando-se em conta ainda a realidade de um corpo díspar e, em algum grau, disfuncional, como o é a administração pública, porquanto

"La administración está, por otra parte, profundamente marcada por su estructura burocrática. A sus servicios les falta una visión serena y general de las situaciones sociales por la parcialidad de sus respectivas especialidades técnicas y por la dialéctica propia de las disfunciones burocráticas,

consustanciales a su misma existencia.”(24)

Desse modo, estreme de dúvidas a possibilidade de controle, pelo Poder Judiciário, da atuação administrativa, no âmbito do demérito do ato praticado, no seu cotejo com o ordenamento jurídico posto, e a principiologia a ele inerente.

Em reforço da presente conclusão, entendimento segundo o qual

“a moderna compreensão filosófica do Direito, marcada pela normatividade e pela constitucionalização dos princípios gerais do Direito e pela hegemonia normativa e axiológica dos princípios, com a consequente substituição, no Direito Administrativo, do princípio da legalidade pelo princípio da juridicidade, demanda, por um lado, a redefinição da discricionariedade, e, por outro lado, conduz a uma redelimitação dos confins do controle jurisdicional da administração pública.”(25)

Buscando dar concreção, no plano dos fatos, ao que teoricamente foi abordado até o presente momento, cumpre analisar decisão paradigmática de um novo modo de pensar, oriunda da 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, vazada no seguinte teor:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. OAB. EXAME DA ORDEM. NULIDADE DE QUESTÃO PRÁTICA. EXTENSÃO DOS EFEITOS DA SENTENÇA. DECISÃO DO STJ SUSPENDENDO A LIMINAR. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem reconhecendo a sindicabilidade judicial de erro grosseiro verificado em enunciados de questões de prova de concurso público (erro material *primo ictu oculi*), notadamente porque a discricionariedade administrativa não se confunde com a arbitrariedade ou a abusividade, sendo certo que conveniência e oportunidade não são conceitos absolutamente isentos de análise judicial. 2. Ao apreciar a matéria nos autos da Suspensão de Liminar e de Sentença nº 1930/SC, o relator do processo no Superior Tribunal de Justiça resolveu por suspender os efeitos da antecipação da tutela recursal concedida por este juízo no AI nº 5021962-54.2014.404.0000/SC até o julgamento do mérito das ações. 3. Considerando a manifestação do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, não cabem maiores digressões sobre a matéria, impondo-se a manutenção da decisão que indeferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela. 4. Agravo de instrumento improvido.” (TRF4, AG 5026713-84.2014.404.0000, Terceira Turma, Relator p/ Acórdão Fernando Quadros da Silva, juntado aos autos em 29.01.2015)

Se a Colenda Turma do Egrégio TRF4 houvesse partido de uma visão aferrada a verdadeiros **lugares comuns**, que são repetidos à exaustão, sem que muitas vezes seja feita a devida análise do seu conteúdo, teria decidido que a questão envolvia o mérito da atuação do agente público, que ele é indevassável e que, tendo sido observado o procedimento previsto no edital do concurso público, não mereceria reparos o que fora decidido pela banca do mesmo.

Ocorre que, agindo desse modo, o Poder Judiciário nada mais estaria fazendo do que cancelar uma solução injusta e muitas vezes contrária à ordem jurídica posta, pela adoção de uma decisão meramente tecnicista/formalista e dissociada do que realmente importa no caso concreto, que é a adequação do posicionamento da banca do concurso público à ordem jurídico-constitucional regente de nosso Estado democrático de direito.

Não por outra razão, o Superior Tribunal de Justiça(26) acertadamente aduziu:

“ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. ANULAÇÃO DE QUESTÃO. EXISTÊNCIA DE ERRO GROSSEIRO NO GABARITO DE RESPOSTAS. TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES. CONTROLE DE LEGALIDADE PELO JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE.

1. A tese sustentada pela União não fora propriamente negada pela instância recorrida, que fez constar no item 3 da ementa a menção de que, regra geral, 'O Poder Judiciário é incompetente para, substituindo-se à banca examinadora de concurso público, reexaminar o conteúdo das questões formuladas e os critérios de correção das provas, consoante pacificado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal'.
2. *In casu*, todavia, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região identificou particularidade que excepciona aquela regra, consistente na existência de erro grosseiro no gabarito apresentado, e determinou que 'o próprio doutrinador que a comissão examinadora invocou para justificar a validade da questão afirmou, pessoalmente, que a questão é nula'.
3. Nesse cenário, a instância *a quo* justificou a intervenção jurisdicional com amparo na teoria dos motivos determinantes e estabeleceu que, 'se a administração pública norteou sua conduta em função de parâmetro que se revelou inexistente, o ato administrativo não pode ser mantido, e o controle jurisdicional, nesse tocante, é plenamente autorizado pela ordem jurídica, com afastamento da alegação de intocabilidade da discricionariedade administrativa'.
4. Estando as conclusões das instâncias ordinárias assentadas sobre premissas fáticas vinculadas ao conjunto probatório, não há como ultrapassar o óbice da Súmula 7/STJ, sendo certo que os fundamentos recursais trazidos pela agravante também não arredam a aplicação desse óbice formal.
5. Agravo regimental não provido."

Tal se dá por uma razão simples: não pode o Poder Judiciário, sob uma alegação falaciosa de invasão de esfera de atribuições exclusivas do agente público, fechar os olhos para a *quaestio* de direito material que está posta em discussão e que, em muitas vezes, pode estar sendo tratada, como bem afixado nos precedentes trazidos ao debate, de forma arbitrária e abusiva. Muito mais importante que o apego a conceitos vetustos é a realização material da justiça no caso concreto.

Não se afigura aceitável que, em detrimento da observância da solução correta, juridicamente escoreita, de um caso concreto, não se a adote tão somente para assegurar a higidez do **mérito indevassável** do ato, conceito esse originado de um outro contexto histórico, a partir de uma realidade diversa, e em um sistema jurídico distinto daquele adotado no Brasil atual,(27) ou seja, de aplicabilidade mais que duvidosa para a solução das questões intrincadas de direito administrativo com que o Poder Judiciário se depara nos dias atuais.

Cumprir referir que, muito embora inegáveis avanços ocorridos na gestão da coisa pública nos últimos anos, com a profissionalização de parte do corpo administrativo e a criação de verdadeiras ilhas de excelência na prestação dos serviços públicos, em muitos casos ainda tarda

"(...) a transição das relações de administração, ora sob o influxo de faccionismos e imediatismos de vários matizes, rumo ao paradigma da racionalidade imparcial e norteada, intertemporalmente, pela eficiência (CF, art. 37) e pela eficácia (CF, art. 74), mediante controle de qualidade das decisões administrativas. Não se pode ignorar que ainda é comum o estilo rústico do decisionismo autocrático. Exemplos de dislates não faltam. Revela-se corriqueira a invocação impertinente e deslocada da locução interesse público para dissimular projetos secundários, ilógicos e distorcidos do poder de manipular e de desperdiçar. Para ilustrar, cite-se o retoque vistoso em equipamentos públicos, às vésperas de eleição, em obras que não resistem à primeira chuva forte (após as eleições, é claro). Em contraste, seguindo as premissas sustentáveis, devem-se celebrar contratos administrativos com uma lógica descoincidente com a do calendário eleitoral. Em poucas palavras, é imprescindível fomentar uma perspectiva saneadora, que afugente, na tomada das decisões administrativas, as decisões irracionais, dolosa ou culposamente inconstitucionais, e incentive os programas desembaraçados do jugo distorcido do imediato."(28)

É necessário fazer, ainda, uma última advertência: não se está aqui a defender

uma substituição do administrador pelo juiz, o que subverteria claramente a ordem jurídica posta, especialmente o art. 2º da Constituição Federal.

No usual dos casos, a melhor solução será aquela dada pelo gestor público, seja pela sua especialização na matéria sobre a qual se detém diuturnamente, seja pela *expertise* do órgão que compõe no trato corriqueiro das situações com a qual se depara, ou ainda pela experiência acumulada no trato de sucessivas situações que guardem similaridade com aquela específica trazida para análise do Poder Judiciário.

Porém, nos casos em que são verificadas a insuficiência, a inadequação ou, ainda, a ação arbitrária ou abusiva do poder público, o Poder Judiciário, enquanto garante da ordem jurídica posta, tem a obrigação de agir para a necessária adequação da situação ao quanto constitucionalmente devido.

Conclusão

Tendo em conta o quanto foi desenvolvido no presente trabalho, conclui-se que:

1. O sistema do contencioso administrativo, criado com o advento da Revolução Francesa, muito embora não tenha sido adotado no Brasil, influenciou negativamente na delimitação do controle da atuação da administração pública pelo Poder Judiciário, limitando e enfraquecendo indevidamente dita função judicial.
2. Muito embora estivesse sempre prevista em nossa história constitucional, foi com a Constituição de 1988 que o controle da atuação administrativa ganhou forte impulso, por meio da previsão de diversos instrumentos para sua efetivação, bem assim da expansão geométrica dos legitimados a provocar o Poder Judiciário para realização do mesmo.
3. A atuação da administração pública concretiza-se na prática de atos administrativos, e estes devem passar por uma releitura, entendidos enquanto atos administrativos plenamente vinculados e atos de discricionariedade vinculada aos princípios fundamentais.
4. O agir da administração é submetido a controle interno, pelos próprios órgãos que a compõem, e externo, este notadamente a cargo do Poder Judiciário.
5. O exercício da jurisdição, por parte do magistrado, decorre de mandamento da Constituição, e, assim agindo, muito embora não possa substituir o administrador nas escolhas por este feitas na gestão dos bens e interesses públicos, sempre poderá controlar eventual demérito da gestão realizada.
6. O controle da atuação administrativa deve levar em conta que o direito atual é primordialmente principiológico, de modo que a finalidade do ato praticado está inserida em um conceito maior, em que é devida observância à totalidade do sistema constitucional posto.
7. Não se defende a substituição do gestor pelo juiz, mas sim a submissão do primeiro aos mandamentos constitucionais inerentes à atuação do bom administrador da coisa pública, sendo que referida atuação poderá sempre ser submetida ao crivo do Poder Judiciário, em função do princípio da reserva da jurisdição e do aprimoramento das formas de controle advindo da Carta de Outubro.

Referências

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BERNARDES DE MELLO, Marcos. **Teoria do Fato Jurídico**: plano da existência. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FREITAS, Juarez. **Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **As transformações da justiça administrativa**: da sindicabilidade restrita à plenitude jurisdicional – uma mudança de paradigma? Belo Horizonte: Fórum, 2010.

_____. **La lucha contra las inmunidades del poder**. 3. ed. Madrid: Cuadernos Cívitas 1983.

LOPES MEIRELLES, Hely. **Direito administrativo brasileiro**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva. 3. ed. São Paulo: RT, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2005.

OLIVEIRA MORAES, Germana de. **Controle jurisdicional da administração pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

Notas

1. MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2005. p. 373.

2. García de Enterría, Eduardo. **La lucha contra las inmunidades del poder**. 3. ed. Madrid: Cuadernos Cívitas, 1983. p. 17-18.

3. García de Enterría, op. cit., p. 18.

4. García de Enterría, Eduardo. **As transformações da justiça administrativa**: da sindicabilidade restrita à plenitude jurisdicional – uma mudança de paradigma? Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 22.

5. No tópico, *vide* GARCÍA DE ENTERRÍA, op. cit., p. 23-28.

6. LOPES MEIRELLES, Hely. **Direito Administrativo brasileiro**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 664. Destaquei. No mesmo sentido é o posicionamento da professora Maria Sylvia Zanella di Pietro, ao referir que “o Judiciário pode apreciar os aspectos da legalidade e verificar se a Administração não ultrapassou os limites da discricionariedade; neste caso, pode o Judiciário invalidar o ato, porque a autoridade ultrapassou o espaço livre deixado pela lei e invadiu o campo da legalidade”. In **Direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 206.

7. Sob ótica distinta, mas perfeitamente aplicável no sentido da necessidade de técnicas inibitórias da atuação ilícita do agente jurídico, é o entendimento de Luiz Guilherme Marinoni: “A doutrina clássica não se preocupava com a tutela preventiva dos direitos, o que certamente tinha relação com a ideia de que a

única tutela contra o ilícito constituía-se na reparação do dano. (...) o que revela uma total incapacidade do processo civil clássico para lidar com as relações mais importantes da sociedade contemporânea.” In **Tutela inibitória**: individual e coletiva. 3. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 31.

8. BERNARDES DE MELLO, Marcos. **Teoria do Fato Jurídico**: plano da existência. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 7-10.

9. FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 209 e ss.

10. FREITAS, Juarez, op. cit., p. 214.

11. FREITAS, Juarez, op. cit., p. 221.

12. STJ, Processo MS 14667/DF, Mandado de Segurança 2009/0189562-7, Relator(a) Ministro Gurgel de Faria (1160), Órgão Julgador S3 – Terceira Seção, Data do Julgamento 10.12.2014, Data da Publicação/Fonte **DJe** 17 dez. 2014.

13. FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 22.

14. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 907.

15. “Art. 5º (...) LXXIII – qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.” A ação popular é disciplinada pela Lei nº 4.717/65, que “Regula a ação popular”.

16. “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: (...) III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.” Muito embora não prevista expressamente no art. 5º, é posição majoritária na doutrina a de que a ação civil pública está prevista implicitamente no texto constitucional, e nele fundamenta sua aplicabilidade e sua adequação ao sistema jurídico pátrio. Por todos, *vide* MORAES, Alexandre de. Op. cit., p. 550. *Vide* ainda a Lei nº 7.347/85, que “Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências”.

17. “Art. 37. (...) § 4º – Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.” *Vide* igualmente a Lei nº 8.429/92, que “Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências”.

18. “Art. 5º (...) LXIX – conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público; LXX – o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos

um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.” *Vide* Lei nº 12.016/2009, que “Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências”.

19. “Art. 5º (...) LXXI – conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.”

20. “Art. 5º (...) LXXII – conceder-se-á *habeas data*: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.” O *habeas data* é regulado pela Lei nº 9.507/97, que “Regula o direito de acesso a informações e disciplina o rito processual do *habeas data*”.

21. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 88-89.

22. García de Enterría, Eduardo. **La lucha...** p. 27.

23. FREITAS, Juarez. **Discrecionalidade administrativa...** p. 32 e 42. Destaques no original.

24. García de Enterría, Eduardo. Op. cit., p. 82-83.

25. OLIVEIRA MORAES, Germana de. **Controle jurisdicional da administração pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004. p. 197-198.

26. Processo AgRg no AREsp 500567/CE, Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 2014/0082279-4, Relator(a) Ministro Herman Benjamin (1132), Órgão Julgador T2 – Segunda Turma, Data do Julgamento 18.06.2014, Data da Publicação/Fonte **DJe** 18 ago. 2014.

27. No tópico, é imprescindível a lição de Eduardo García de Enterría: “A justiça administrativa foi uma criação jurídica inteiramente nova, sem paralelo nas bases históricas que sustentam todo o direito ocidental. (...) Surge, pois, subitamente, com a Revolução Francesa, no próprio ano de 1789; consolida-se no século XIX; tem um espetacular desenvolvimento no transcorrer do século XX e, recém-inaugurado o século XXI (...). A justiça administrativa apresenta, com efeito, algo inteiramente novo, que dará sustentação à Revolução Francesa”. In **As transformações da justiça administrativa...** p. 5-6.

28. FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 205-206.

Referência bibliográfica (de acordo com a NBR 6023:2002/ABNT):

OLIVEIRA, Marcelo Roberto de. O controle do (de)mérito da atuação da administração pública pelo Poder Judiciário. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 67, ago. 2015. Disponível em: < http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao067/Marcelo_deOliveira.html > Acesso em: 03 set. 2015.